

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC**

**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM PRÁTICA JURÍDICA E PREPARAÇÃO PARA  
A MAGISTRATURA ESTADUAL**

**DOUGLAS BECKHAUSER DE FREITAS**

**ANÁLISE DA FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO À LUZ DO  
PARADIGMA NEOCONSTITUCIONALISTA**

**CRICIÚMA  
2013**

**DOUGLAS BECKHAUSER DE FREITAS**

**ANÁLISE DA FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO À LUZ DO  
PARADIGMA NEOCONSTITUCIONALISTA**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de especialista no Curso de Pós-graduação em Prática Jurídica e Preparação para a Magistratura da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. Dr. Vladimir Carvalho da Luz

**CRICIÚMA  
2013**

## RESUMO

Este trabalho tem por objetivo abordar o tema da função jurisdicional prestada pelos magistrado no contexto do Estado Constitucional de Democrático de Direito, tendo como marco teórico a corrente hermenêutica do neoconstitucionalismo. A metodologia da qual este estudo se vale é o método dedutivo de abordagem, por meio de pesquisa teórica e qualitativa em livros, revistas e artigos científicos publicados em periódicos e na rede mundial de computadores, além da consulta à legislação e à jurisprudência. Como objetivo geral se busca descobrir quais as consequências teóricas e práticas da utilização do neoconstitucionalismo pelos magistrados nas democracias contemporâneas. A corrente neoconstitucionalista, apesar de não romper totalmente com o positivismo jurídico, traz novos elementos à forma de se pensar o direito, sendo o principal deles o reconhecimento da força normativa da Constituição. Essa modificação de paradigma trouxe consequências no exercício da atividade jurisdicional, de modo que se mostra de fundamental importância refletir sobre as consequências deste modelo de interpretação da normas jurídicas dentro de uma sociedade democrática. Para alcançar o objetivo geral da pesquisa, o estudo divide-se em três capítulos, nos quais serão abordados os objetivos específicos. No primeiro capítulo, estuda-se a democracia desde de a sua origem até as características que ele possui atualmente, bem como a forma pela qual é exercida a função jurisdicional dentro do Estado Democrático. No segundo capítulo, passa-se à análise da escola neoconstitucionalista, por meio da análise de seus fundamentos e das consequências que a adoção desses fundamentos na forma de se pensar o Direito. Em um outro momento, tem vez a pesquisa e discussão sobre o juiz neoconstitucionalista, isto é, aquele magistrado que utiliza os preceitos do constitucionalismo contemporâneo no dia a dia da prestação da atividade jurisdicional. Enfim, a partir de todo material levantado e produzido, o terceiro capítulo busca concluir quais consequências da adoção do pensamento neoconstitucionalista no exercício da atividade jurisdicional e, sobretudo, verificar se esta ferramenta hermenêutica possibilita a materialização dos preceitos democráticos. Observa-se, ao fim do trabalho, que o neoconstitucionalismo pode e deve ser utilizado pelos magistrados para a proteção dos valores supremos trazidos pela Constituição (inclusive no contexto nacional, no tocante aos valores instituídos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1998), como também pode servir de ferramenta na efetivação plena do Regime Democrático em todos seus aspectos.

**Palavras-chave:** Democracia. Estado democrático. Função jurisdicional. Magistratura. Hermenêutica. Neoconstitucionalismo.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

<b>ADPF</b>	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
<b>art.</b>	Artigo
<b>CRFB/88</b>	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
<b>EUA</b>	Estados Unidos da América
<b>Min.</b>	Ministro
<b>STF</b>	Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>6</b>
<b>2 A FUNÇÃO JURISDICIONAL EXERCIDA PELOS MAGISTRADOS DENTRO DO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL DE DIREITO.....</b>	<b>8</b>
2.1 O ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL DE DIREITO.....	10
2.2 A MAGISTRATURA E O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL EM UM REGIME DEMOCRÁTICO.....	14
<b>3 O NEOCONSTITUCIONALISMO E O JUIZ NEOCONSTITUCIONALISTA.....</b>	<b>21</b>
3.1 O NEOCONSTITUCIONALISMO E A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL.....	22
3.2 O JUIZ NEOCONSTITUCIONALISTA.....	27
<b>4 AS CONSEQUÊNCIAS E DESDOBRAMENTOS DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL PELOS MAGISTRADOS AO ADOTAREM OS POSTULADOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO.....</b>	<b>31</b>
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>40</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>46</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O estudo do Direito é um trabalho perpétuo. Por possuir características que vão se modificando no tempo (época) e no espaço (em cada sociedade), a forma de se pensar o direito está em constante adequação e aperfeiçoamento, pois a medida que novas demandas e fatos sociais aparecem nova também é a resposta que o sistema jurídico deve apresentar.

Relembrando brevemente, a história do pensamento jurídico atravessa o jusnaturalismo, na qual o direito é ligado a uma espécie de justiça natural, ou lei comum, que deveria se aplicar a todos os homens; passa pelo *jus civile* do Império Romano que é o direito daqueles aos quais a lei atribui o *status* de cidadãos, como também pelo direito dos povos bárbaros, com características consuetudinárias, sendo que, já na baixa idade média, a escola dos glosadores é considerada por muitos como o início da ciência do direito.

Mais adiante, a partir das ideias dos pensadores liberais, também chamados de contratualistas, ganhou força a teoria da lei como soberano, culminando com a Revolução Francesa e as demais revoluções do mesmo período, surgindo então a corrente chamada positivismo jurídico. Como será visto logo a seguir, apesar dos avanços e grandes benefícios à liberdade e segurança dos cidadãos, o positivismo jurídicos puro deu espaço à formação de “ditaduras da lei”, em que a norma não servia mais como emancipadora da sociedade, mas sim a tornou refém, resultando nos Estados totalitários (nazi-fascistas).

A teoria jurídica influência diretamente nos rumos da sociedade. Nesse contexto, fica clara a importância da forma de se pensar o Direito. Atualmente, a corrente jurídica de mais destaque é o neoconstitucionalismo, a qual, apesar de não romper com o positivismo jurídico, trouxe novos postulados a fim de evitar que a lei seja novamente utilizada pelo Estado contra os cidadãos, sendo o principal deles o reconhecimento da força normativa da Constituição.

O objetivo desta pesquisa é verificar quais as consequências da utilização do neoconstitucionalismo pelos magistrados nas democracias contemporâneas. Para tal, antes de abordar diretamente o neoconsitucionalismo, estudar-se-á a

democracia desde de a sua origem, até as características que ele possui atualmente, bem como a forma pela qual é exercida a função jurisdicional dentro do Estado Democrático.

Na sequência, será visto o paradigma neoconstitucionalista, suas características principais e de que forma o jurista filiado a esta corrente hermenêutica interpreta e aplica o direito.

Assim, ao final, com base em todo o conhecimento levantado, será discorrido sobre as implicações teóricas e práticas da adoção do constitucionalismo contemporâneo pelos magistrados, concluindo-se que o neoconstitucionalismo pode e deve ser utilizado pelos magistrados para a proteção dos valores supremos trazidos pela Constituição (inclusive no contexto nacional, no tocante aos valores instituídos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1998), como também pode servir de ferramenta na efetivação plena do Regime Democrático em todos seus aspectos.

## 2. A FUNÇÃO JURISDICIONAL EXERCIDA PELOS MAGISTRADOS DENTRO DO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

O positivismo do século XIX fracassou e, com ele, algumas alterações ocorreram no modelo de Estado Democrático estabelecido. Na leitura de Lênio Streck, aquele direito que expurgou a moral, a ética e os valores chegou ao final da Segunda Guerra Mundial arranhado. Após a barbárie em *Auschwitz*, mecanismos deveriam ser criados para impedir a utilização do Direito contra a sociedade. (STRECK, 2012)

Dessa forma, uma nova forma de ver o Direito - o neoconstitucionalismo, trouxe uma blindagem contra o antigo modelo jurídico. Para Streck (2012), “a democracia passou a depender do Direito. Cláusulas pétreas e a institucionalização da moral no Direito (cooriginariedade): eis os grandes trunfos do Direito para o enfrentamento de (novas) barbáries”. Floresceu assim a teoria da força normativa da constituição e a justiça constitucional, as quais serão vistas à diante.

Dentro desse contexto, no sistema jurídico nacional, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1998 (CRFB/88) traz, no seu artigo (art.) 2º, o Princípio da Separação dos Poderes, instituindo que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Conforme Geraige Neto (2003), a divisão do poder em três órgãos distintos representa a essência do sistema constitucional, conforme afirmaram os teóricos do liberalismo, precedidos por pensadores como Platão, Aristóteles e Montesquieu.

Aliás, prossegue o autor, a expressão poderes da União deve ser analisada de maneira cuidadosa, pois o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são *funções* do poder estatal, este que é uno e indivisível. Assim, a função jurisdicional, sobre a qual gira o problema em análise, é a atividade exercida pelo Estado, manifestando o poder de tutelar os direitos garantidos em lei, aplicando as normas gerais aos casos concretos, com desejada imparcialidade, no intuito de promover a paz social, por meio dos órgãos judicantes. (GERAIGE NETO, 2003)

Para Guerra Filho (2001), no preâmbulo da CRFB/88, bem como no art. 1º, houve inequívoca manifestação do legislador constituinte originário ao abandono do Estado ditatorial a qual a sociedade esteve submetida nos anos anteriores para



uma ordem diametralmente oposta, isto é, a instituição do Estado plenamente democrático. Além disso, aduz que a o Estado Democrático de Direito depende de *procedimentos*, não só legislativos e eleitorais, mas especialmente jurisdicionais para sua efetiva realização.

Houve uma clara modificação da estrutura institucional do Estado. Com a democracia constitucional, o Poder Judiciário mudou e deve assumir esta maior responsabilidade conferida pela Carta Magna. Nesse sentido, acrescenta Lênio Luiz Streck:

Do mesmo modo, o Poder Judiciário não é o mesmo de antes da Constituição. Mesmo que a Constituição não tivesse alterado nenhuma vírgula no novo texto constitucional, ainda assim a sua dicção seria absolutamente diferente e diferenciada do velho modelo. Uma filtragem hermenêutica haveria de colocar tudo no seu lugar de acordo com o paradigma do Estado Democrático de Direito. (STRECK, 2012)

Portanto, nessa nova visão, é de prima importância o debate sobre a função do Direito. Na literatura jurídica, o assunto se divide basicamente em duas concepções. De um lado, há aquela que vê o direito como simples técnica de controle e organização social, o que implica num conhecimento jurídico despolitizado e meramente informativo. De outra banda, a que o concebe como uma ferramenta de direção e promoção social, encarando-o numa perspectiva histórica e considerando-o como um método para correção de desigualdades e consecução de padrões mínimos de equilíbrio sócio-econômico. (FARIA, 1998)

Sobre essa dialética, levanta-se a questão: qual a postura deve ser adotada pelo Estado-juiz dentro do Estado Democrático Constitucional de Direito? Ou ainda, de que forma a função jurisdicional deve ser exercida por esse Estado? Esses são os questionamentos que servirão de norte neste capítulo.

## 2.1 O ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

A democracia é um regime de governo com origem na grécia antiga (sobretudo na cidade de Atenas) que significava governo do povo (*demos* = povo e *cracia* = governo). A democracia grega possuía como principal característica a decisão coletiva dos destinos do Estado, isto é, por meio de alguma forma de consulta popular se chegava à conclusão sobre questões relevantes dentro da sociedade. Sobre as diversas reformas realizadas em Atenas, discorre Feijó:

A reforma política de Clístenes foi a mais radical até então: ele estabeleceu finalmente direitos iguais para todos os cidadãos livres e nascidos em Atenas. Diferentemente do regime aristocrático, Clístenes não dividiu a população pelo critério de nascimento. Também diferentemente de Sólon, não dividiu a população pela riqueza. Para estabelecer critérios de participação, Clístenes dividiu a população em bairros, que eles chamavam de *demoi*. Atenas foi dividida em dez regiões, equilibrando-se as áreas urbanas, litorâneas e das montanhas. Pelo sistema de sorteio, ele formou a nova *Bulê*, que passou a ter quinhentos membros. O Conselho dos Quinhentos praticamente governava Atenas por um prazo de um ano. E qualquer cidadão poderia ser sorteado. Mas a Assembléia é que era soberana em todas as questões. (FEIJÓ, 1991, p. 30)

A democracia pode ser exercida de duas formas básicas: a) de forma direta, isto é, com a consulta de todos os cidadãos que a compõem ou b) de forma indireta, na qual o povo escolhe representantes que ficarão responsáveis por decidir os pontos fundamentais da vida em sociedade.

De toda forma, respeitado o processo democrático decisório, chegar-se-á a decisões que representam a *vontade da maioria*, ou seja, concluir-se-á sobre qual posicionamento político-jurídico encarna o interesse da maior parcela de pessoas, de modo satisfazer da melhor forma possível o *interesse público*.

No conceito de Barzotto (2003, p. 145) “a democracia é o regime que oferece um conjunto de regras que estruturam o jogo de interesses na sociedade, de modo que, pacificamente, possam ser satisfeitos os interesses do maior número possível de indivíduos.”

Nesse contexto, um dos principais objetivos de se viver em democracia é a pacificação da sociedade e garantia da adequação dos diversos interesses particulares existentes no seio da sociedade de uma forma justa.

Ocorre, entretanto, que numa democracia não se pode proteger apenas o interesse da maioria. Ao contrário, para que um regime democrático seja pleno, deve haver a proteção aos direitos das minorias. Prossegue o autor:

A maioria, se ultrapassar os limites impostos pelas regras do procedimento democrático, aniquila-se enquanto maioria, tornando-se uma unanimidade tirânica, pois somente sob a vigência das regras da democracia é que se torna possível distinguir a maioria da minoria. Sem essas regras, a minoria desaparece, e com ela, conceitualmente, a maioria e, portanto, a própria democracia, como governo da maioria, deixa de existir. (BARZOTTO, 2003, p. 149)

É para impedir possíveis abusos que se mostra necessária, portanto, a existência de um órgão que obrigue a *maioria* a respeitar as regras do jogo democrático. À minoria, desse modo, deve ser facultada a possibilidade de recorrer a um tribunal constitucional (ou a qualquer juiz com poderes para julgar a constitucionalidade de leis e atos, como no sistema brasileiro) que impeça este tipo de ação por parte da maioria (Barzotto, 2003). Por isso, a análise da atuação do poder judiciário num ambiente democrático se mostra tão importante, uma vez que esta é exatamente a função da justiça: a paz social e a resolução dos conflitos de interesse.

A democracia evoluiu muito desde o tempo dos gregos. Outros institutos, tais como o princípio da separação dos poderes (surgido com o enfraquecimento das monarquias para mitigar os poderes do rei) foram sendo acrescentados, fortalecendo ainda mais o regime. Na lição de Benda:

Na ordem política, o traço predominante desses princípios é o respeito à pessoa humana, a vontade de lhe conferir, porque pessoa humana, um caráter de inviolabilidade. A divisa da democracia bem poderia ser esta: enquanto a indignidade de um homem não for provada, *homo homini deus*. Esse é um traço sensível na concepção democrática. (BENDA, 1941, p. 17)

As democracias modernas, se comparadas às antigas formas de Estado, inclusive à própria democracia grega, estão muito mais ligadas ao respeito à liberdade individual e à segurança contra o abuso de poder por parte do Estado (ou abuso de direito por parte de outros cidadãos), do que à mera possibilidade de decidir os rumos do Estado.

A concepção da liberdade política entre os cidadãos das democracias modernas, aparece, com toda nitidez, no contraste com idêntico conceito nas repúblicas antigas. Para o primeiro, já se disse substancialmente, a liberdade parece consistir sobretudo no gozo da independência pessoal; para o segundo, consistia no exercício da soberania na praça pública. (BENDA, 1941, p. 24)

Portanto, por Estado Democrático entende-se algo muito mais amplo do que a simples possibilidade de participar dos processos decisórios do Estado. A democracia a qual este trabalho se refere não deve ser entendida apenas no sentido político, mas fundamentalmente no sentido jurídico, razão esta pela qual é denominada de **Estado Democrático Constitucional de Direito**.

A democracia, ao se fazer presente no texto constitucional, torna-se um conceito jurídico, tendo o seu sentido determinado a partir do texto constitucional. A filosofia do direito deve porpor modelos de interpretação que, partindo do postulado hermenêutico de que o texto constitucional forma uma unidade de sentido, explicita o conceito de democracia de um modo coerente com os fundamentos do constitucionalismo contemporâneo, como, por exemplo, as noções de Estado de Direito, direitos fundamentais e bem comum. A Constituição brasileira de 1988 servirá como referência do constitucionalismo contemporâneo. (BARZOTTO, 2003, p. 9)

Outrossim, não há que se falar em democracia sem o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana. Um Estado que possibilita a participação democrática, mas não possui mecanismos realmente eficientes de garantia desses direitos não pode ser considerado plenamente democrático.

Uma das funções do Estado democrático é fazer observar por todos seus membros a obrigação de limitar sua necessidade de expansão, natural a todo ser vivo, evitando assim o abuso de direito e a lesão ao direito alheio, de modo a manter aquilo que se chama de justiça. A consequência desse dogma é que a democracia gera, no centro do Estado, o respeito aos direitos do indivíduo que não podem ser violados, também chamados de Direitos Humanos. (BENDA, 1941)

Outro esclarecimento epistemológico necessário é que o conceito constitucional de democracia aqui analisado se situa dentro do contexto da CRFB/88, a qual é classificada como uma *constituição teleológica*. Consoante define Barzotto:

A constituição teleológica incorpora um certo ideal de vida humana ou, para utilizar a terminologia dos clássicos, ela impõe um ideal de “vida boa”, de vida plenamente realizada como finalidade (*telos*) da existência dos seres humanos. O conteúdo desta vida boa é explicitado na enumeração

constitucional dos direitos fundamentais. O Estado e a sociedade, ao assegurarem o exercício dos direitos, estão assumindo a promoção da concepção de vida boa presente na constituição. A razão empregada nessa atividade é a razão prática, a prudência (*phronesis prudentia*). (BARZOTTO, 2003, p. 20)

Na CRFB/88, segundo Barzotto (2003), os elementos da democracia são:

a) sujeito: o povo, entendido como uma comunidade; b) funcionamento: regido por uma concepção institucionalista de estado de direito; c) finalidade: o bem comum, entendido como o bem de todos. Afirma o texto constitucional, em seu preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. [grifado] (BRASIL, 2013-A)

Resta cristalina, no dispositivo legal citado, a opção do legislador constituinte pelo regime democrático, bem como a caracterização da CRFB/88 como constituição teleológica, uma vez que há uma série de valores considerados *supremos* pela Carta Magna. E esse pontos basilares da democracia brasileira não ficam restritos unicamente ao estatuído no preâmbulo, mas espalham-se ao longo da norma superior como na fixação dos princípios fundamentais (art. 1º), objetivos fundamentais (art. 3º), direitos e garantias fundamentais (art. 5º e seguintes) etc.

Dessa forma, não se pode conceber a plena efetivação do Estado Democrático Constitucional de Direito sem o respeito a estes valores fixados pelo texto constitucional. Assim, o poder judiciário e a figura do juiz devem estar engajadas na perpetuação de todos esses valores constitucionalmente protegidos, conforme será visto a seguir.

## 2.2 A MAGISTRATURA E O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL EM UM REGIME DEMOCRÁTICO

Para a garantia da ordem democrática, os órgãos e agentes da máquina estatal deverão sempre atuar por meio de políticas públicas direcionadas à consagração dos valores supremos trazidos pela Carta Magna. Dessa forma, o magistrado, ao ocupar uma função pública de grande impacto na sociedade, está obrigado a orientar suas decisões no sentido de buscar a realização material e instrumental dos objetivos republicanos.

Dentro do estrutura do Estado democrático, o Juiz de Direito possui como ofício a interpretação e aplicação da lei. Em outras palavras, ele é o responsável por “dizer o Direito” que se aplica ao caso concreto. Entretanto, vale ressaltar que a visão que apresenta o Juiz de Direito como um mero aplicador da lei não reflete os anseios das sociedades atuais.

Nessa esteira, afirma Barzotto:

Quanto à atividade judicial (princípio da justicialidade), ela deve ser compreendida como uma continuação do processo deliberativo democrático que se dá no âmbito da representação popular. O juiz não pode pensar sua atividade como uma mera adesão a normas positivadas (normativismo) nem pode criar o direito *ex nihilo* (decisionismo), mas está obrigado a dar continuidade, em cada caso, à discussão democrática que se expressa nas leis e decretos dos poderes legitimados pelo voto popular. Assim como o processo democrático está submetido à teleologia constitucional, assim também o processo judicial deve conceber-se como uma atividade de concretização das finalidades da constituição e das leis em conformidade com esta. (BARZOTTO, 2003, p. 192/193)

O magistrado deve estar consciente de que suas decisões influenciam diretamente na vida das pessoas e da comunidade. Isto posto, não é admissível que o intérprete da lei assuma uma postura totalmente afastada da comunidade local. Neste capítulo será estudada qual postura deverá o magistrado adotar frente ao desafio de transformar em realidade os valores trazidos por uma constituição democrática.

Na aplicação da lei, o Magistrado deve tomar suas decisões pautado na construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Para tal, deve conhecer e

refletir sobre o conceito de justiça social. Justiça social, de forma objetiva, é aquela que busca a realização do bem comum e a manutenção da dignidade humana de todos os indivíduos da sociedade. Em outro trabalho, Barzotto discorre sobre o tema:

Ao passo que a justiça particular tem como objeto o bem do particular, em uma troca ou distribuição, a justiça social tem por objeto o bem comum.

[...]

Na justiça social, ao contrário, visa-se diretamente o bem comum e, indiretamente, o bem deste ou daquele particular. O ser humano é considerado "em comum", como diz Tomás de Aquino. Em uma sociedade de iguais, isto significa que o outro é considerado, simplesmente por sua condição de pessoa humana, membro da comunidade. Assim, o que é devido a um é devido a todos, e o benefício de um recai sobre todos.

[...]

A existência digna é a vida humana realizada, a "vida boa" dos clássicos. Na medida em que todos alcançarem uma existência digna, o bem comum terá sido concretizado. Ora, a justiça social, aquela dirigida à consecução do bem comum, exige de todos, portanto, por meio de seus "ditames", que direcionem os seus esforços, tanto no campo do trabalho como no da livre iniciativa, para criar os bens econômicos que possam ser utilizados como meios de garantir a existência digna para todos. (BARZOTTO, 2013)

A construção de uma sociedade justa é um compromisso de todos os cidadãos. Por essa razão, o magistrado não pode omitir-se diante de um cenário de grande desigualdade social, uma vez que todos os indivíduos são considerados iguais perante a lei, sem que, no entanto, esta "igualdade" esteja refletida no cotidiano das relações políticas e socioeconômicas. Para garantir a consagração da igualdade material, o Juiz deverá resolver o litígio sempre fundamentado na dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é o centro do Estado Constitucional Democrático de Direito. Assim, consoante à lição de Barzotto (2013): "O sujeito na justiça social, isto é, aquele a quem é devido algo, é, portanto, a pessoa humana. São-lhe devidos todos os bens necessários para a sua realização nas dimensões concreta, individual, racional e social".

Nesse sentido, para o jurista Nelson Rosendal, a dignidade é condição essencial do ser humano:

Percebemos que o significado de dignidade se relaciona ao respeito inerente a todo ser humano – por parte do Estado e das demais pessoas –, independentemente de qualquer noção de patrimonialidade. É simultaneamente valor e princípio, pois constitui elemento decisivo para a atuação de intérpretes e aplicadores da Constituição no Estado Democrático

de Direito. O homem se encontra no vértice do ordenamento jurídico, pois o direito só se justifica em função do ser humano. (ROSENVALD, 2005, p. 08)

Ou seja, impossível ao aplicador do direito julgar causas relacionadas aos direitos e garantias fundamentais sem ter como princípio norteador a manutenção da dignidade da pessoa humana. Ao decidir, o magistrado deverá afastar qualquer lesão ou perigo de lesão aos direitos fundamentais dos cidadãos, pois a dignidade está acima de qualquer interesse individual, seja público ou particular. Segue, no mesmo caminho, o autor Nelson Rosenvald:

A dignidade, todavia, antecede ao próprio direito, pois é um atributo de qualquer pessoa – como valor ético, enquanto o direito resulta de circunstâncias e posicionamentos diferentes. A dignidade situa o ser humano no epicentro de todo o ordenamento jurídico, como protagonista, tanto no âmbito do direito público como no do privado, repelindo qualquer atentado proveniente de outras pessoas e dos poderes públicos. (ROSENVALD, 2005, p. 08)

Além da justiça social, o legislador constituinte assegurou o direito a uma sociedade livre. Na lição de José Afonso da Silva, liberdade é a possibilidade de cada indivíduo ter acesso aos meios necessários para concretizar sua felicidade pessoal, sendo o regime democrático o mais adequado para o exercício efetivo da liberdade. Afirma o autor:

Já vimos que o regime democrático é uma garantia geral da realização dos direitos humanos fundamentais. Vale dizer, portanto, que é na democracia que a liberdade encontra campo de expansão. É nela que o homem dispõe da mais ampla possibilidade de coordenar os meios necessários à realização de sua felicidade pessoal. Quanto mais o processo de democratização avança, mais o homem se vai libertando dos obstáculos que o constroem, mais liberdade conquista. (SILVA, 2008, p. 234)

Uma sociedade só pode ser considerada livre quando houver respeito a um dos princípios basilares do Estado Constitucional Democrático de Direito: o Princípio da legalidade. Segundo o Princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, da CRFB/88, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 2013-A). Ademais, importante frisar que a lei que reduz o campo de liberdade dos indivíduos deve ser legítima, isto é, ter respeitado todo o processo de elaboração legislativa previsto na Constituição Federal. Nesse sentido, salienta José Afonso da Silva:



[...] Se se considerar a *lei* qualquer norma elaborada pelo Poder Público, independentemente da origem desse poder, então o princípio constitucional vale bem pouco. Não é esse, porém, o sentido da palavra *lei*. Como vimos, a liberdade não é incompatível com um sistema coativo, e até se pode acrescentar que ela pressupõe um sistema dessa ordem, traduzido no ordenamento no ordenamento jurídico. A questão está na legitimidade do sistema coativo, do ordenamento jurídico. Desde que a lei, que obrigue a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, seja legítima, isto é, provenha de um legislativo formado mediante consentimento popular e seja formada segundo processo estabelecido em constituição emanada também da soberania do povo, a liberdade não será prejudicada. Nesse caso, os limites a ela opostos pela lei são legítimos. A Constituição, em vigor, preenche as condições de legitimidade para embasar uma lei legítima, desde que se harmonize com ela. (SILVA, 2008, p. 235/236)

Dessa forma, conclui-se que a liberdade do cidadão somente pode ser limitada por determinação legal emanada por autoridade legítima, dentro dos limites estabelecidos pela Constituição Federal. Ao vislumbrar qualquer abuso de poder ou autoridade por parte de um agente estatal, deverá o magistrado impedir a lesão ao direito subjetivo do indivíduo. Para tal, existem alguns *Remédios Constitucionais* à disposição de quem se sentir ilegalmente tolhido nos seus direitos fundamentais, tais como o *Habeas Corpus*, o *Habeas Data*, o mandado de segurança, entre outros.

A solidariedade, de seu lado, também está intimamente ligada à democracia. Segundo José Fernando de Castro Farias:

Para os juristas engajados no solidarismo, o direito, a solidariedade e a democracia caminham juntos. O solidarismo jurídico procura associar o direito ao destino da democracia.

[...]

Para o discurso do solidarismo jurídico, a democracia deve estar intimamente ligada ao direito. Fora da democracia não há como fazer penetrar o direito da organização social, e como as organizações sociais são impregnadas de direito, elas o são por um sistema de direito particular, que é o direito de solidariedade. Este é chamado a eliminar da organização social a ordem dos sistemas individualistas e monista, que, aplicada ao poder social, teria tendência à arbitrariedade. (FARIAS, 1998, p. 274)

Assim sendo, uma sociedade solidária deve sempre guiar-se pelo Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, cabendo ao magistrado dar uma interpretação social ao conflito, de forma a alcançar uma decisão justa além dos ditames do individualismo liberal. Neste diapasão, conclui o autor:

O solidarismo jurídico almeja ser o discurso do Estado de Direito; não de um Estado de Direito liberal, mas de um Estado de Direito democrático, onde se

trata da soberania de um direito de solidariedade engendrado pela comunidade política subjacente à organização sobreposta. A subordinação dos atos dos governantes e da administração de um controle jurídico é baseada não mais numa lógica individualista ou formalista, mas na lógica solidarista. O direito de solidariedade se sobrepõe ao individualismo em matéria de organização social e política. Trata-se de uma ruptura na história do Estado de Direito. (FARIAS, 1998, p. 277)

Portanto, o princípio da solidariedade deve servir de norte na prestação jurisdicional, uma vez que a repetição de decisões baseadas numa lógica social do litígio possibilita um maior respeito aos ditames da democracia, garantindo a formação de um círculo virtuoso em que o direito molda a sociedade e a sociedade, em consequência, exige cada vez mais uma postura reformadora dos órgãos jurisdicionais.

Outra problemática que deve ser encarada pelo Juiz é a redução da pobreza e das desigualdades sociais. Vale ressaltar, aliás, que a pobreza não está ligada unicamente à questão patrimonial. Pobre é aquele que não possui os recursos para satisfazer suas necessidades primárias, não devendo ser considerada apenas sua condição econômica. A pobreza vai além: ser pobre é não ter o *mínimo existencial* para garantir a manutenção de sua dignidade e do seu bem-estar. Na lição de Predebón:

As pessoas são pobres quando não conseguem alcançar níveis adequados e sustentados de bem-estar, em termos de segurança alimentar, segurança econômica, social e ambiental, direitos civis e participação política. O principal problema da pobreza não é a absoluta escassez de recursos, mas sim a distribuição desigual dos mesmos e das oportunidades para deles tirar benefícios. (PREDEBON, *et al.*, 2001, p. 68/69)

Sonia Rocha (2005) vai ainda mais além. Para a autora, pobreza e desigualdade andam lado a lado, uma vez que a noção de pobreza somente tem seu sentido completo dentro de um determinado grupo social. Dessa forma, afirma a economista:

Pobreza é um fenômeno complexo, podendo ser definido de forma genérica como a situação na qual as necessidades não são atendidas de forma adequada. Para operacionalizar essa noção ampla e vaga, é essencial especificar que necessidades são essas e qual nível de atendimento pode ser considerado adequado. A definição relevante depende basicamente do padrão de vida e da forma como as diferentes necessidades são atendidas em determinado contexto socioeconômico. Em última instância, ser pobre

significa não dispor dos meios para operar adequadamente no grupo social em que se vive. (ROCHA, 2005, p. 09/10)

Com base no paradigma da justiça social, o julgador, ao analisar um litígio, deve ter como pressuposto basilar o Princípio da Isonomia, com o fito de garantir a realização da igualdade material pela proteção do hipossuficiente, conforme já pacificado nos litígios relativos às relações de trabalho, de consumo, no estatuto do idoso e no direito da criança e do adolescente.

Conforme o Princípio da Isonomia, a igualdade consagrada pela Constituição Federal vai muito além da simples igualdade perante a lei. A igualdade material garante o tratamento igual aos iguais e o tratamento desigual aos desiguais, na medida de suas diferenças. Dessa forma, para efetivar a igualdade, deve o Poder Público garantir que as oportunidades sejam concedidas de forma igualitária a todos os indivíduos.

Vale ressaltar, ademais, que para consagrar a igualdade material foi necessário instituir o tratamento diferenciado para certas classes de cidadãos, em razão da sua condição de *vulnerabilidade social*, sejam estes grupos vulneráveis por circunstâncias econômicas, histórias, políticas ou jurídicas.

Importante observar, retornando à questão da pobreza e da desigualdade social, que desse quadro de desigualdade sobrevive o sistema penal brasileiro, o qual é constituído de órgãos que, na maioria dos casos, geram a criminalização e a marginalização dos grupos mais carentes economicamente. Conforme Francisco Bossoli Filho:

A abordagem do fenômeno criminal não pode prescindir, a nosso ver, da análise da punição e dos seus efeitos no meio social, especialmente na divisão da sociedade em classes ou grupos. Não obstante um dos princípios que sustentam a ideologia penal dominante seja a igualdade das pessoas, é notória a distinção que se faz no processo de criminalização, no qual a rotulação das condutas e pessoas e a imposição de consequências se operam diferentemente em relação aos integrantes das diversas classes e grupos sociais.

[...]

Essa divisão, muito mais que uma simples consequência do processo de criminalização, é coincidente e contribui com o aumento do fosso de separação provocado por outros processos de exclusão a que é submetida grande parte da sociedade, já dividida, por isso, diante da limitação ou privação das condições de subsistência. (BISSOLI FILHO, 2002, p. 75)

Na mesma esteira, acerca da Criminologia positivista, aduz Vera Regina Pereira de Andrade:

Daí a tese fundamental de que ser criminoso constitui uma propriedade da pessoa que a distingue por completo dos indivíduos normais. Ele apresenta estigmas determinantes da criminalidade.

Estabelece-se desta forma uma divisão aparentemente “científica” entre o (sub)mundo da criminalidade, equiparada à marginalidade e composta por uma “minoría” de sujeitos potencialmente perigosos e anormais (o “mal”), e o mundo, decente, da normalidade, representado pela maioria na sociedade (o “bem”).(ANDRADE, 2003, p. 37)

Portanto, o sistema penal brasileiro tem atuado como verdadeira máquina de marginalização, uma vez que os “cidadãos de bem”, grupo constituído sobre tudo pela elite e pela classe média em ascensão, cobram dos órgãos de repressão uma *reação social* frente aos indivíduos *perigosos e anormais*, título que normalmente recaí sobre os pobres. Marginal, é a denominação que recebe o criminoso pobre. Acusado, é o *cidadão* de classe média ou da elite que está sendo investigado por um crime.

O magistrado, no exercício da atividade jurisdicional, não pode engajar-se na manutenção desse quadro. Ao atuar na persecução criminal, o Estado-Juiz deverá sempre ter como supedâneo os princípios da presunção de inocência, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, além de aplicar a lei penal sem perder de vista o *in dubio pro réu*.

Em suma, o Juiz de Direito tem o poder/dever de atuar como agente modificador desse quadro de exclusão social e de marginalização das classes desfavorecidas pelo modo de produção capitalista. O Brasil somente poderá ser considerado um país desenvolvido quando toda sua população tiver acesso aos recursos mínimos necessários para manutenção de sua dignidade e seu bem-estar.

### **3 O NEOCONSTITUCIONALISMO E O JUIZ NEOCONSTITUCIONALISTA**

Numa perspectiva socialmente engajada, leciona Faria (1998) que as normas jurídicas só podem ser aplicadas de modo legítimo quando conectadas hermeneuticamente com a realidade social, integrando-a como parte necessária do sistema legal.

Nesse sentido, uma corrente hermenêutica é um conjunto de postulados ligados a uma forma de pensar o Direito que serve de instrumento para a interpretação das normas jurídicas. A escola neoconstitucionalista – considerada uma evolução do positivismo jurídico, é a corrente de maior influência nos Estados Constitucionais Democráticos, razão pela qual será utilizada na análise das consequências da adoção do pensamento neoconstitucionalista pelos magistrados no exercício da função jurisdicional.

### 3.1 O NEOCONSTITUCIONALISMO E A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

O constitucionalismo contemporâneo teve como marco inicial as Constituições de caráter revolucionário, sobretudo a partir do reconhecimento da força normativa e vinculativa da Constituição em relação às demais normas do ordenamento jurídico. Conforme lição de Baracho (2006), o pressuposto teórico da Justiça Constitucional realizou-se com as Constituições americana e francesa, a partir das quais passou a ter um significado de norma constitutiva e regulativa da vida política, sendo concebida pela primeira vez como norma jurídica capaz de influenciar todo ordenamento jurídico.

Nesse sentido, a Constituição adquire atributos que não eram considerados pela doutrina do positivismo jurídico. Assim, além de manter a característica de ser a carta política que dá sustentação à ordem estatal, passa a ter, nela própria, normas que garantem a manutenção da ordem jurídica, uma vez que toda produção legislativa dentro daquele Estado deve guiar-se pelos preceitos legais nela contidos. Esta garantia, aliás, não se efetiva apenas pelo puro e simples sentimento e lealdade constitucional ou de seu equilíbrio espontâneo, mas da existência de instrumentos que a efetive. (BARACHO, 2006)

A nova visão do constitucionalismo – isto é, o neoconstitucionalismo, marco central do presente trabalho, surgiu após a segunda guerra mundial. O Neoconstitucionalismo é uma corrente hermenêutica que se baseia na configuração normativa da Constituição, tendo como fundamento o caráter sistemático do ordenamento jurídico. No entendimento de Barroso (2013), o Neoconstitucionalismo é uma modalidade de interpretação jurídica que atribui força normativa à Constituição, isto é, o reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas, não servindo o texto constitucional meramente como diretriz política do Estado.

Portanto, ainda sobre essa nova perspectiva em relação à Carta Magna:

A Constituição é compreendida como o conjunto de normas que regulam a criação de normas jurídicas gerais e, em particular, a criação de leis formais. Apesar dessa definição não prender todos os elementos constitutivos de uma Constituição, é ela princípio do ordenamento que condiciona as normas sobre a produção de outras normas. A Constituição pode ser

entendida, de maneira ampla, como estrutura organizadora de certo grupo social, isto é o Estado. (BARACHO, 2006, p. 211)

A Constituição encontra-se no mais alto grau de hierarquia das leis, orientando e conduzindo a criação dos demais dispositivos normativos que constituem o ordenamento jurídico. Em razão dessa superioridade, ainda conforme Baracho (2006), a carta constitucional possui o *status* de norma jurídica fundamental no sistema jurídico neoconstitucionalista, vinculando todos os órgãos e agentes públicos ao seu cumprimento imediato. Assim, a Constituição deixa de ser mero programa político e passa a ocupar a posição mais alta da pirâmide das normas, adquirindo os atributos de obrigatoriedade, exigibilidade e efetividade de suas normas. Portanto, toda e qualquer lei ou ato que não esteja em sintonia com os ditames constitucionais será considerada antijurídica e deverá ser extirpada do arcabouço jurídico estatal.

Nesse diapasão, surge a ideia de inconstitucionalidade das leis e, por conseguinte, foram criados mecanismos de controle de constitucionalidade, pois segundo a concepção hermenêutica constitucional qualquer norma ou ato emanado pelo Poder Público que vá de encontro ao disposto na Constituição são ilegítimos e, portanto, devem ser removidos da ordem jurídica.

Desse entendimento deriva a possibilidade teórica de um *sistema de garantia constitucional*, no qual o órgão independente e dotado de força constitucional é chamado a resolver controvérsias, relacionadas com a aplicação do Direito Constitucional. A Constituição, como norma jurídica iminente, atua sobre os atos, relações e o comportamento dos órgãos constitucionais, tornando possível, seu aperfeiçoamento lógico e interpretativo, através de um órgão da Constituição, chamado a defendê-la e aplicá-la, nos casos em que surgem controvérsias do Direito Constitucional. (BARACHO, 2006, p. 63)

Importante ressaltar, por oportuno, que o controle de constitucionalidade pode ser exercido de forma concentrada, isto é, a legitimidade de declarar uma norma inconstitucional fica restrita apenas a um órgão, como também, em outros modelos, pode ser exercida de maneira difusa, sendo todo e qualquer juiz competente para declarar a inconstitucionalidade.

A proteção jurisdicional dos direitos fundamentais é feita por soluções ou modelos diferenciados. Em certo tipo, a tutela, por meio do juiz ordinário, limita-se a desaplicar, *incidenter tantum*, o ato ilegítimo dos poderes

públicos no curso de um litígio concreto, articulando-se aí o *sistema difuso*. Em outros, cria-se novo órgão constitucional, com funções de natureza jurisdicional e competência para anular ou declarar a nulidade, em eficácia *erga omnes*, do ato ilegítimo, consolidando-se o sistema concentrado. (BARACHO, 2006, p. 249)

No Brasil, o sistema de controle de constitucionalidade é misto, subsistindo ao mesmo tempo um órgão responsável pela guarda e proteção da Constituição (Supremo Tribunal Federal - STF), bem como há possibilidade dos juízes singulares desaplicarem uma norma que julguem inconstitucional. Quanto ao modelo brasileiro, pode-se afirmar que todos os juízes são também órgãos da Justiça Constitucional. Podem (e devem) apreciar e decidir as questões de constitucionalidade que se suscitarem inconstitucionais (BARACHO, 2006)

A despeito do controle de constitucionalidade das leis, o que a princípio leva o jurista desavisado à conclusão de rigidez e fechamento do sistema, a doutrina Neoconstitucionalista consagra interpretação histórico-evolutiva da Constituição. Consoante Canotilho (2001), a Constituição é um conjunto normativo que se destina à regulamentação de relações de vida historicamente cambiantes, de modo que deve ter seu conteúdo adaptado temporalmente para permanecer legítima dentro de seu tempo, ou está fadada a sofrer constantes emendas.

Por sua vez, Baracho (2006) justifica a interpretação evolutiva da Carta Magna em razão desta conter em seu texto expressões que vão alterando-se no tempo, tais como “boa-fé”, “função social”, “bons costumes”, pois se tratam de conceitos abstratos que demandam sua eterna readequação com a realidade sociocultural do momento em que a lei irá ser aplicada. (BARACHO, 2006, p. 92)

Leciona Barroso (2009) que essas normas programáticas expressas na Constituição informam a interpretação e aplicação da lei pelos membros do Poder Judiciário. Esse é o motivo pelo qual qualquer cidadão pode, mesmo que de forma incidental, pleitear sua declaração de inconstitucionalidade. Como ensina o jurista, as normas programáticas possuem eficácia paralisante de todos os atos que não sigam os seus ditames e, por consequência, possibilitam ao jurisdicionado a faculdade de acionar o judiciário com o intuito de obter reconhecimento do desrespeito à ordem constitucional e de declarar de sua inconstitucionalidade.



Ainda no contexto da interpretação evolutiva, acrescenta:

Em certas circunstâncias, a interpretação torna-se difícil para satisfazer as exigências de um direito que deve ser provido. Não se pode impedir a interpretação frente as transformações sociais, desde que as relações sociais concretas, do ponto de vista jurídico, requerem, muitas vezes, não uma regra absoluta, adequada a um valor abstrato, mas uma regra relativa, adequada aos fatos. (BARACHO, 2006, p. 91)

Entrementes, ambos os autores concordam que a abertura da Constituição não é absoluta. Ao contrário, para Canotilho (2001), apesar de ser conscientemente aberto para conseguir abarcar as modificações sociais ao longo do tempo, o texto constitucional fixa expressamente o âmbito do Direito que não pode ser modificado, a fim de que a lei fundamental não se dissolva numa dinâmica total. Como exemplo, podem-se citar as Cláusulas Pétreas (art. 60, §4º) da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88.

Por outro lado, apesar do reconhecimento da interpretação evolutiva, a decisão baseada na Constituição não pode ser fruto da criatividade do intérprete, mas sim extraída verdadeiramente dos dispositivos constitucionais. O resultado da interpretação não poderá ser uma conclusão subjetiva do jurista, uma vez que o produto do silogismo lógico-interpretativo sempre deverá decorrer da objetividade intrínseca ao sistema normativo estatal, sob pena de toda estrutura do ordenamento jurídico tornar-se refém da vontade do magistrado.

Em concordância com tal entendimento, Barroso (2013) afirma que a norma em abstrato não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Contudo, fundamental ressaltar que no neoconstitucionalismo a interpretação das normas pelo Magistrado vai além da legalidade estrita pregada pelo positivismo, mas não despreza o direito posto, bem como procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas.

O neoconstitucionalismo, portanto, reconhece a existência de lacunas na lei, aceitando a utilização de ferramentas jurídicas pelo Estado-juiz para auxiliá-lo na resolução dos litígios, tal como a *analogia*, *jurisprudência* e *equidade*. A lacuna do direito é a ausência de uma norma jurídica para regular uma relação que deve ser tutelada. A compreensão da lacuna jurídica vincula-se diretamente a interpretação analógica. A *analogia* tem como fundamento a presunção de que a atividade

normativa é a expressão do processo de integração política e social, tendo como reflexos a coerência do ordenamento jurídico como um todo (BARACHO, 2006).

No mesmo norte, a *Jurisprudência* – que nada mais é do que o hábito dos tribunais de decidirem de forma uniforme casos semelhantes – foi aceita na *práxis* jurídica como fonte do Direito e como ferramenta de concretização de direitos.

A adesão dos juízes ao precedente, isto é, o hábito de decidir um caso, seguindo um princípio ou um suposto princípio que decidiu um caso anterior, é a circunstância que leva os tribunais à formação gradual de regras determinadas, que são na realidade leis. (BARACHO, 2006, p. 69)

Outro instrumento reconhecido pela doutrina neoconstitucionalista é o uso da *equidade* na resolução dos litígios. *Equidade* nada mais é do que uma fonte do Direito que permite ao magistrado adaptar uma norma positivada a uma situação concreta, observando-se os critérios de justiça e igualdade social.

Ante o exposto nas linhas acima, fica claro o rompimento da hermenêutica constitucional com o positivismo jurídico clássico, sobretudo no que concerne à busca cega pela “vontade do legislador” ou pelo “sentido original ou autêntico da norma”. É certo que, no processo interpretativo, o jurista deverá procurar compreender o sentido original dado ao dispositivo legal. Entretanto, a doutrina Neoconstitucionalista permite aos juristas recorrerem a outras fontes reconhecidas do Direito que não a lei positivada.

### 3.2 O JUIZ NEOCONSTITUCIONALISTA

Dessa forma, feitas todas essas considerações, resta agora adentrar na análise relativa à postura do magistrado filiado a essa corrente hermenêutica. Segundo Baracho (2006), o Juiz Marshall foi um dos precursores do controle de constitucionalidade das normas, o qual entende que a Constituição é lei de suprema imodificabilidade quando confrontada com a lei ordinária.

A lei contrária à Constituição não pode ser assim considerada, pois qualquer ato legislativo contrastante com a Constituição é nulo. Se uma lei ofender a Constituição, o Estado-Juiz tem a obrigação de desaplicá-la. Assim, o jurista não pode simplesmente aplicar as leis sem fazer uma minuciosa análise do texto constitucional a fim de averiguar se aquele dispositivo jurídico ostenta a qualidade de instrumento da efetivação dos preceitos constitucionais. No constitucionalismo contemporâneo, está pacificado que uma lei que não respeite os ditames constitucionais sequer pode, efetivamente, ser considerada integrante do ordenamento jurídico. (BARACHO, 2006)

Trata-se de uma verdadeira mudança de paradigma, na qual o princípio da legalidade dá espaço para o princípio da constitucionalidade. O avanço para o princípio da constitucionalidade pressupõe a entrada em uma nova espécie de judicialismo, dada a própria natureza das constituições, isto é, são documentos repletos de referências meta-jurídicas que exigem sempre uma interpretação. Esse novo princípio, ademais, não regula apenas os atos administrativos e as decisões dos tribunais, mas também os atos legislativos e de todo o sistema jurídico. (TAVARES, 2007)

Acrescenta, na mesma esteira, Canotilho:

Além disso, como direito histórico, o direito constitucional não é um poder actuante fora dos homens, nem se pode derivar de facticidades, forças ou poderes psicológicos, sociológicos ou históricos; ele é uma decisão histórica sob a ideia do justo, não objectivamente fixada mas pontualmente realizada e a realizar. (CANOTILHO, 2001, p. 132)

Por conseguinte, o magistrado deve sempre ter em vista, no momento da aplicação da norma, que o Direito está intimamente ligado ao conceito de justiça.

Para tanto, porém, é defeso ao jurista sucumbir às forças ou pressões políticas, psicológicas, históricas e sociológicas, uma vez que ele não pode criar o Direito fora dos parâmetros legalmente consagrados.

Os juízes, portanto, situam-se no centro do debate jurídico. A figura do jurista possui grande importância na construção do sistema jurídico, porquanto foi reconhecida a possibilidade de adequar o sentido da norma ao caso concreto. No discurso de Albert Calsamiglia:

Outro aspecto muy importante de este cambio de agenda es el cambio de enfoque del centro del análisis del derecho. Los positivistas – y en cierta medida también los iusnaturalistas – tenían al legislador como el centro de atención de la legislación a la adjudicación. El intérprete del derecho y el juez ocupan el lugar que antes ocupaba el legislador como objeto de análisis. (CALSAMIGLIA, 2013, p. 215)

É de se reconhecer que, portanto, há situações em que o magistrado irá recorrer à questões morais, diferentemente do positivismo, o qual considerava apenas o direito positivo como objeto da ciência jurídica, sem admitir-se qualquer influência da moral ou da política. Porém, ressalta-se que é necessária a integração de conceitos morais ao direito estatal. Como aprofunda Albert Calsamiglia e conforma já destacado, muitas constituições modernas introduzem conceitos muito abstratos que requerem decisões para lhes atribuírem sentido e esse tipo de decisão demanda uma justificação moral. Tal justificação, contudo, não deve ser considerada regra, mas sim exceção (porém plenamente legítima), restringindo-a aos casos de difícil solução.

Esos conceptos contestados sólo se pueden usar si existen concepciones que determinan el contenido significativo del concepto pero se admite – por razón del pluralismo - que existen concepciones contradictorias que conviven en un mismo derecho. Para justificar las concepciones se necesitan criterios Morales y políticos. Esas concepciones dotan de sentido a los casos concretos que justifican. Ejemplos de conceptos contestados son el de igualdad, libertad de expresión, libertad de asociación, privacidad o vida, todos ellos conceptos incluidos en las constituciones y que requieren una concepción determinada para poder ser usados. (CALSAMIGLIA, 2013, p. 216)

Dessa feita, ao magistrado é necessário exercer a função de filtro para extrair daquele momento histórico a interpretação do ordenamento jurídico mais aproximada do ideal de justiça, com objetivo de que o Direito consiga, finalmente,

atingir seu objetivo primordial – a garantia e manutenção da paz social. (BARACHO, 2006)

Ainda segundo Baracho (1979, p. 78), “[...] às mãos dos magistrados os textos constitucionais se desdobram num sentido mais amplo (do que aquele fixado pela angústia verbal) através do processo de construção”.

Nessa mesma esteira, quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas a função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, complementando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas possíveis. Assim, sob a égide do neoconstitucionalismo, a interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos e invencionismos por parte dos juristas. (BARROSO, 2013)

No exercício da função jurisdicional, aduz Maximiliano (1988), o Estado-Juiz, representado pelos magistrados, torna-se não apenas um reproduzidor da vontade do legislador, mas sim um agente dotado de certa autonomia, atuando no papel de mediador, uma vez que relaciona o disposto nos textos legais às especificidades que se apresentam em cada caso concreto, a fim de propiciar a prestação jurisdicional mais adequada à ideia de justiça. Conclui:

Existe entre o legislador e o juiz a mesma relação que entre o dramaturgo e o ator. Deve este atender às palavras da peça e inspirar-se no seu conteúdo; porém, se é verdadeiro artista, não se limita a uma reprodução pálida e servil: dá vida ao papel, encarna de modo particular a personagem, imprime um traço pessoal à representação, empresta às cenas um certo colorido, variações de matiz quase imperceptíveis; e de tudo faz ressaltarem aos olhos dos espectadores maravilhosas belezas inesperadas, imprevistas. Assim, o magistrado não procede como insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos; porém como órgão de aperfeiçoamento destes, intermediário entre a letra morta dos Códigos e a vida real, apto a plasmar, com a matéria-prima da lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade. Não o consideram autômato; e, sim, árbitro da adaptação dos textos às espécies ocorrentes, mediador esclarecido entre o direito individual e o social. (MAXIMILIANO, 1988, p. 59)

Portanto, denota-se que o magistrado, ao adotar uma postura neoconstitucionalista, irá ponderar acerca dos Princípios Constitucionais ao aplicar a lei infraconstitucional, os quais possuem a essência do ordenamento jurídico,

norteando as decisões do aplicador do direito numa perspectiva socialmente engajada.

Cabe citar, por fim, Baracho (2006), o qual afirma que a interpretação da Constituição, em suas características e experiências, através de diversas teorias, fornece instrumento para uma variedade de situações jurídicas do cotidiano do magistrado. Para tal, o jurista deve utilizar a teoria constitucional de forma correta e adequada.

#### **4 AS CONSEQUÊNCIAS E DESDOBRAMENTOS DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL PELOS MAGISTRADOS AO ADOTAREM OS POSTULADOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO**

O neoconstitucionalismo desenvolveu-se a partir do reconhecimento da força normativa e vinculativa da Constituição em relação às demais normas do ordenamento jurídico. Assim, a Constituição adquiriu características que não possuía dentro da doutrina do positivismo jurídico. Nesse sentido, além de permanecer como a carta política que guia o Estado, passou a conter normas que garantem a manutenção da ordem jurídica, pois todo processo legiferante deve respeitar os preceitos legais nela contidos.

Em outras palavras, o constitucionalismo moderno é uma corrente hermenêutica que tem como fundamento a configuração normativa da Constituição, apoiando-se no caráter sistemático do ordenamento jurídico, sem considerar, entretanto, os elementos totalmente externos ao direito, como as pressões políticas e sociológicas.

Na doutrina neoconstitucionalista, a Carta Magna passou a ocupar a posição de norma jurídica fundamental, uma vez que se encontra no topo do ordenamento jurídico. Em alguns casos, o texto constitucional condiciona sua aplicação à elaboração de normas complementares. Por outro lado, nessa concepção hermenêutica, existem normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata, direta e vinculante de todos os agentes investidos de uma função pública.

Sobre o reconhecimento da eficácia direta e vinculante das normas programáticas, mormente quando informam os objetivos do Estado e da sociedade, delimitando seus fins, assevera Gebran Neto:

Por fim, por suas condições gerais de aplicabilidade, as normas constitucionais de princípios programáticos têm eficácia limitada, dependendo de normatização pelo legislador para que possam surtir seus mais amplos efeitos. Entretanto, em alguns casos, sua eficácia jurídica é imediata, direta e vinculante, quando: a) estabelecem um dever para o legislador ordinário; b) condicionam as legislações futuras; c) informam a concepção do Estado e da sociedade, estabelecendo seus fins, valores e os componentes do bem comum; d) constituem sentido teleológico para interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; e) condicionam

a atividade discricionária da Administração e do Judiciário. (GEBRAN NETO, 2002, p 139-140)

Como visto anteriormente, a CRFB traz dispositivos que fixam os valores que são fundamentais a manutenção da ordem democrática. Nesse sentido, surgiu a ideia de inconstitucionalidade das leis e, em consequência, foram criados mecanismos de controle de constitucionalidade, pois segundo a concepção hermenêutica constitucional qualquer norma ou ato emanado pelo Poder Público que vá de encontro ao disposto na Constituição são ilegítimos e, portanto, devem ser removidos da ordem jurídica.

Esse é o grande trunfo do neoconstitucionalismo: impedir que leis infraconstitucionais ou até mesmo Emendas Constitucionais sejam utilizadas contra o povo. Uma vez que estes valores foram positivados pela Carta Magna não é possível a remoção pelos novos representantes dos poderes da nação negar-lhe aplicação, sob o risco de ocorrerem o verdadeiro rompimento da ordem democrática

Importante ressaltar, por oportuno, que o controle de constitucionalidade pode ser exercido de forma concentrada, isto é, a legitimidade de declarar uma norma inconstitucional fica restrita apenas a um órgão, como também, em outros modelos, pode ser exercida de maneira difusa, sendo todo e qualquer juiz competente para declarar a inconstitucionalidade.

No Brasil, o sistema de controle de constitucionalidade é misto, subsistindo ao mesmo tempo um órgão responsável pela guarda e proteção da Constituição (Supremo Tribunal Federal), bem como há possibilidade dos juízes singulares desaplicarem uma norma que julguem inconstitucional.

A ideia que está na base do instituto moderno de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis é precisamente esta: a tentativa de voltar a uma afirmação de valores jurídicos superiores e relativamente imutáveis, porém sem retornar a uma empírica atmosfera jusnaturalista de irreabilidade abstrata.

O controle de constitucionalidade, o qual foi recepcionado e aplicado pelo neoconstitucionalismo, é, portanto, uma ferramenta à disposição do Estado-Juiz contra o abuso de poder e de legitimidade de outros poderes da nação.



Conforme estudado, o magistrado filiado à doutrina do neoconstitucionalismo deverá ter sempre em vista, no momento da aplicação da norma, que o Direito está intimamente ligado ao conceito de justiça. Nesse sentido, o jurista não é apenas um reproduzidor da vontade do legislador, mas sim um agente dotado de certa autonomia, atuando no papel de mediador, uma vez que relaciona o disposto nos textos legais às especificidades que se apresentam em cada caso concreto, a fim de propiciar a prestação a prestação jurisdicional mais adequada à ideia de justiça.

No constitucionalismo moderno, o princípio da dignidade da pessoa humana deixa de ser apenas um dispositivo programático. Ao contrário, a proteção da dignidade torna-se objetivo central de um Estado Democrático Constitucional de Direito. Apesar de não estar expressamente delimitado em lei o que vem a ser a *dignidade* da pessoa humana, o magistrado poderá buscar na Constituição os subsídios para fundamentar suas decisões, sobretudo baseado nos dispositivos que versam sobre os direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, a fim de garantir a construção de uma sociedade baseada no conceito de justiça social, o magistrado deverá afastar qualquer lesão ou risco de lesão aos direitos fundamentais dos cidadãos, uma vez que, numa escala de direitos, a dignidade está situada acima de qualquer interesse político ou econômico, seja público ou particular.

Sobre a questão da liberdade, direito fundamental inerente à democracia, Estado-Juiz deverá sempre atuar como protetor do princípio da legalidade. O magistrado adepto dessa corrente hermenêutica poderá sustentar suas decisões nos direitos fundamentais do cidadão, uma vez que o art. 5º, II, dispõe: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 2013-A).

Assim, considerando a sua função de garantidor dos direitos fundamentais, o Juiz de Direito somente deverá admitir a imposição de obrigações aos indivíduos por leis emanadas por uma autoridade legítima e, além disso, desde que não haja a supressão ou a redução dos direitos considerados como fundamentais pela Constituição Federal.

Por outro lado, em relação à solidariedade, doutrinadores ligados ao constitucionalismo moderno estão promovendo uma mudança de paradigma. A solidariedade passa a ser substituída pela ideia de *fraternidade*, conceito que vem sendo estudado e aprimorado pelo chamado *constitucionalismo fraternal*. No estudo de Tavares:

O princípio da dignidade da pessoa humana está estritamente ligado ao da fraternidade, visto que compõe o seu conceito, além de orientar a sua atuação, portanto, a fraternidade, delimitada pela dignidade, norteia as relações entre os sujeitos de direito, garantindo uma convivência pacífica, além da solução justa dos conflitos, razão pela qual ocasionou o surgimento do constitucionalismo fraternal. (TAVARES, 2013, p. 25)

Nesses termos, o reconhecimento de uma sociedade fraterna passa pela vivência de uma vida plural, onde cada cidadão tem suas especificidades, aceitas sem preconceitos. Esse respeito recíproco define uma ação que vai além da garantia da mera liberdade individual, ou de uma simples busca pela inclusão social, na medida em que se preocupa com a realização dos direitos do homem, por meio da fraternidade. (TAVARES, 2013, p. 31)

Assim, no âmbito da fraternidade, a concepção de Direito é ampliada em relação ao ideário de solidariedade. Enquanto o Estado Solidário está intimamente ligado conceito de democracia e de respeito e proteção das minorias, o Estado Fraternal visa à concretização da dignidade humana através de medidas de inclusão social, tais como as ações afirmativas, já citadas anteriormente no presente trabalho.

Nesse sentido, assevera o Ministro (Min.) do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto (2003) que o Constitucionalismo Fraternal encontra-se numa fase de incorporação da dimensão de Fraternidade às Constituições, isto é, a dimensão de ações afirmativas estatais, que são atividades assecuratórias da inclusão dos grupos historicamente oprimidos, como os negros, as mulheres, os deficientes físicos.

O paradigma da solidariedade, aliás, pode servir como instrumento para redução da pobreza e das desigualdades sociais. Atualmente, apesar da gradual melhoria nas condições mínimas de sobrevivência da parcela menos favorecida no Brasil, o Poder Público ainda não consegue tirar todos os cidadãos brasileiros de uma condição de miséria absoluta.

Falou-se, no primeiro capítulo, que a igualdade consagrada pela Constituição Federal vai muito além da simples igualdade perante a lei. O princípio da isonomia busca garantir o tratamento realmente igualitário a todos os cidadãos,

isto é, tem como objetivo permitir a criação de medidas excepcionais para propiciar a todos os indivíduos as mesmas oportunidades. Prossegue Lima:

Outro ponto a merecer a atenção devida infelizmente nem sempre considerado, é o de que o princípio da isonomia não se exaure no enunciado básico de todos são iguais *perante* a lei. Se assim fosse, a questão se simplificaria, bastando exigir do administrador e do juiz uma aplicação indiscriminada das regras jurídicas, sem olhar as pessoas atingidas por sua eficácia. Ocorre que a aplicação da lei indistintamente a todos é um mero aspecto da isonomia, talvez o mais desimportante deles. Aliás, para atingir esse magro objetivo, despidendo seria falar-se em isonomia, visto constituir idéia ínsita ao ordenamento jurídico a sua incidência geral e inexorável. Tais características próprias e naturais da lei, aliadas a sua peculiar irretroatividade, já garantiriam suficientemente a igualdade perante a norma jurídica. A menos que houvesse erro crasso do administrador ou do juiz, hipóteses que desafiariam o uso dos remédios jurídicos processuais que integram o sistema.

Em verdade, além da dita igualdade perante a lei, há que se reconhecer que o princípio da isonomia com sede constitucional implica na igualdade na própria lei, ou seja, não basta que a lei seja aplicada igualmente para todos, mas também imprescindível que a lei em si considere todos os homens igualmente, ressalvadas as desigualdades que devem ser sopesadas para o prevailecimento da igualdade material em detrimento da obtusa igualdade formal, consoante já destacado. (LIMA, 1993, p. 15-16)

Segundo a lição de Eduardo Appio (2008), a própria Suprema Corte dos Estados Unidos da América(EUA) consagrou por diversas vezes a possibilidade de tratamento diferenciado para certas classes de cidadãos:

A Suprema Corte dos Estados Unidos, em diversas oportunidades, afirmou que o Congresso pode estabelecer distinções legítimas entre diversas categorias de cidadãos, sem que essas distinções impliquem, de forma automática, uma violação da cláusula de igual proteção. (APPIO, 2008, p. 236)

[...]

Com esse sentido, a cláusula de igual proteção em momento algum veda todas as formas de discriminação, mas apenas aquelas que sejam arbitrárias ou representem discriminações individuais, empregando classificações que não podem ser racionalmente justificadas na base de um interesse governamental legítimo e sejam adotadas com o objetivo de prejudicar determinados grupos. (APPIO, 2008, p. 240)

No Brasil, da mesma forma, são admitidas normas jurídicas que tenham por objetivo tutelar um grupo de indivíduos considerado vulnerável em razão de sua condição social, econômica, jurídica ou política. Uma questão bastante controvertida nos meios acadêmicos é a previsão de benefícios e políticas específicas para inclusão social de determinados grupos raciais. O fundamento do tratamento

diferenciado dado pela lei é o respeito à diversidade étnico-cultural. Consoante aduz Flávia Piovesan:

Neste cenário, por exemplo, a população afro-descendente, as mulheres, as crianças e demais grupos fragilizados socialmente devem ser vistos nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Ao lado do direito à igualdade, surge, também, como axioma fundamental, o direito à diferença. Importa, nesse contexto, o respeito à distinção e à diversidade, o que assegura a esses grupos um tratamento especial. (PIOVESAN, 2008, p. 18)

Interessante perceber que, além da simples proibição de preconceito com esses grupos, leciona Piovesan que é necessário implementar mecanismos de inserção nos diversos espaços da sociedade, uma vez que proibir a discriminação não garante a entrada das classes historicamente oprimidas nos extratos superiores da pirâmide econômica:

Faz-se necessário combinar a proibição de segregação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade, no sentido de que ela se configure como um processo. Isto é, para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais. Com efeito, a igualdade e a discriminação pairam sobre o binômio inclusão-exclusão. Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, discriminação implica na violenta exclusão e intolerância à indiferença e à diversidade. O que se percebe é que a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão. Logo, não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem debaixo de um consistente padrão de violência e preconceito. (PIOVESAN, 2008, p. 21)

Com fulcro de viabilizar essa modificação estrutural, o governo vem utilizando as chamadas ações afirmativas, as quais têm por objetivo acelerar o alcance da igualdade material entre os diversos grupos raciais que convivem no Brasil. Conforme Piovesan:

Neste sentido, como poderoso instrumento de inclusão social, situam-se as ações afirmativas. Essas ações constituem medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo de igualdade, com o alcance da equidade substantiva por parte dos grupos vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais e as mulheres, dentre outros grupos.

[...]

Pelas razões citadas, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial prevê, no art. 1º, §4º, a possibilidade de "discriminação positiva" (a chamada "ação afirmativa"). Isso se concretizará mediante a adoção de medidas especiais de proteção ou incentivo a grupos ou indivíduos, com vistas a promover sua ascensão na sociedade até um

nível de equiparação com os demais. As ações positivas constituem medidas de exceção que procuram compensar populações outrora vilipendiadas pelo preconceito. O objetivo delas é o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos socialmente vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, dentre outros grupos. (PIOVESAN, 2008, p. 21)

Na defesa das ações afirmativas, também é possível citar a doutrina do Min. Marco Aurélio de Mello do Supremo Tribunal Federal:

É preciso buscar-se a ação afirmativa. A neutralidade estatal mostrou-se nesses anos um grande fracasso; é necessário fomentar-se o acesso à educação; urge contar-se com programa voltado aos menos favorecidos, a abranger horário integral, de modo a tirar-se meninos e meninas da rua, dando-se-lhes condições que os levem a ombrear com as demais crianças. (MELLO, 2013, p. 6-7)

A mais polêmica das ações afirmativas que foram colocadas em prática pelo governo brasileiro para dar cumprimento à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Brasil em 1968, foi a previsão de cotas para afro-descendentes nas universidades públicas. A implementação do referido instituto gerou uma grande quantidade de ações que visavam à declaração de inconstitucionalidade dessas cotas com fundamento no princípio da igualdade.

Sobre a constitucionalidade das ações afirmativas, o Min. Marco Aurélio (2013, p. 8) ensina: “Reafirmo: toda e qualquer lei que tenha por objetivo a concretude da Constituição Federal não pode ser acusada de inconstitucional”. Ocorre, como visto anteriormente, que a igualdade instituída pela CRFB/88 é a igualdade material (tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais), garantindo a verdadeira isonomia nas relações socioeconômicas.

No mesmo sentido, o STF (BRASIL, 2013-B) negou liminar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186-2 do Democratas, a qual foi julgada totalmente improcedente em 26/04/2012, conforme trecho da decisão exarada pelo ex-Presidente Min. Gilmar Mendes:

Numa sociedade marcada pelo pluralismo, a igualdade só pode ser igualdade com igual respeito às diferenças. Enfim, no Estado democrático, a conjugação dos valores da igualdade e da fraternidade expressa uma normatividade constitucional no sentido de reconhecimento e proteção das minorias.

A questão da constitucionalidade de ações afirmativas voltadas ao objetivo de remediar desigualdades históricas entre grupos étnicos e sociais, com o intuito de promover a justiça social, representa um ponto de inflexão do próprio valor da igualdade. Diante desse tema, somos chamados a refletir sobre até que ponto, em sociedades pluralistas, a manutenção do status quo não significa a perpetuação de tais desigualdades.

Se, por um lado, a clássica concepção liberal de igualdade como um valor meramente formal há muito foi superada, em vista do seu potencial de ser um meio de legitimação da manutenção de iniquidades, por outro o objetivo de se garantir uma efetiva igualdade material deve sempre levar em consideração a necessidade de se respeitar os demais valores constitucionais.

Não se deve esquecer, nesse ponto, o que Alexy trata como o paradoxo da igualdade, no sentido de que toda igualdade de direito tem por consequência uma desigualdade de fato, e toda desigualdade de fato tem como pressuposto uma desigualdade de direito (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001). Assim, o mandamento constitucional de reconhecimento e proteção igual das diferenças impõe um tratamento desigual por parte da lei.

Assim sendo, a constitucionalidade da instituição de cotas nas instituições públicas de ensino superior foi consagrada pela Corte Suprema. Dessa forma, a doutrina e as decisões dos tribunais têm se direcionado para a aprovação das ações afirmativas como medida válida para a modificação do quadro histórico de exclusão social em relação à população afro-descendente no Brasil.

O reconhecimento da validade jurídica das ações afirmativas como instrumento de efetivação da democracia por parte do judiciário foi medida que se impôs no contexto do Estado Democrático. Numa perspectiva neoconstitucionalista, a criação de ações afirmativas por parte do Estado visa à aplicação direta do princípio da isonomia, cabendo ao poder judiciário garantir o cumprimento destas medidas.

Do mesmo modo, o jurista neoconstitucionalista deve contribuir para o rompimento do processo de marginalização das pessoas menos favorecidas. Com fulcro na Constituição, o magistrado irá atuar de forma a possibilitar que todas as garantias que são dadas aos indivíduos detentores de poder político e econômico sejam estendidas a todos os cidadãos, independentemente da classe social que ocupam.

Assim, ao atuar sob a égide dos ditames constitucionais, o magistrado terá condições de fazer o uso adequado dos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da insignificância, protegendo o cidadão hipossuficiente

contra as arbitrariedades de uma máquina estatal nem sempre tão engajada com a defesa da dignidade humana.

Conclui-se, desta feita, que o magistrado adquire uma maior importância e influência nos rumos da sociedade. O jurista deixa de ser mero aplicador da lei positivada. Contudo, a decisão baseada na Constituição não pode ser fruto da criatividade do intérprete, mas sim extraída verdadeiramente dos dispositivos constitucionais. No neoconstitucionalismo, magistrado ultrapassa a concepção estritamente legalista defendida pelo positivismo, porém não despreza o direito positivo.

Ante o exposto nas linhas acima, fica claro o rompimento da hermenêutica constitucional com o positivismo jurídico utilizado durante a Segunda Guerra Mundial para subverter a ordem democrática. O juiz filiado a esta vertente jurídica irá sempre reconhecer a superioridade dos valores fixados na lei maior em defesa da democracia.

Por conseguinte, o magistrado deve agir como um filtro para extrair dos textos legais a interpretação mais aproximada destes valores supremos, com objetivo de que o Direito consiga, finalmente, atingir seu objetivo primordial – a garantia da realização dos anseios democráticos por meio da defesa da dignidade humana e do bem-estar social.

## 5. CONCLUSÃO

No estudo da democracia, observou-se que este regime de governo nasceu para ampliar a participação popular nas decisões do Estado. Por meio de consultas populares criou-se a ficção da *vontade da maioria*, isto é, sobre quais posicionamentos político-jurídicos representam o interesse da maior parcela de pessoas, de modo que ganhou força a figura do *interesse público relevante*.

Verificou-se, ainda, que um dos principais objetivos de se viver em democracia é a pacificação da sociedade e garantia da adequação dos diversos interesses particulares existentes, sendo que não se pode proteger apenas o interesse da maioria, mas sim deve-se garantir a defesa dos direitos das minorias, para que o regime democrático seja pleno.

Ocorre que, com o passar do tempo, a democracia deixou de ser apenas a garantia da participação popular nos rumos do Estado, de modo que as democracias modernas estão muito mais ligadas ao respeito à liberdade individual e à segurança contra o abuso de poder estatal. O conceito de democracia deixou de ser estritamente político e passou a ser jurídico, razão qual pode ser denominado de Estado Democrático Constitucional de Direito.

Como visto, essa novel democracia está sendo analisada dentro do contexto de uma Constituição teleológica, isto é, aquela que fixa os valores sociais que devem ser alcançados e sempre protegidos. O direito à segurança, à vida, à liberdade, à propriedade, à saúde, ao bem-comum, ou seja, dos direitos fundamentais do cidadão são elevados a padrões máximos, confundindo-se com a própria democracia, uma vez que o Estado não pode ser considerado plenamente democrático se esses direitos não são efetivamente materializados.

No que tange à postura do poder judiciário dentro de um regime democrático, o magistrado assumir o desafio de transformar em realidade os valores trazidos pela Constituição. Ao aplicar a lei, o Juiz deve tomar suas decisões pautado na construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Para tal, deve conhecer e refletir sobre o conceito de justiça social, que é aquela que visa à garantia do bem-comum.



Uma sociedade justa é aquela em que igualdade no cotidiano das relações políticas e socioeconômicas. Para a consagração da igualdade material, o Juiz deverá resolver o litígio sempre fundamentado na dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana, aliás, é o centro do Estado Constitucional Democrático de Direito. Como visto, com base na dignidade, o magistrado deverá afastar qualquer lesão ou perigo de lesão aos direitos fundamentais dos cidadãos.

A seu turno, no que se refere ao direito à uma sociedade livre, só haverá verdadeira liberdade se houver respeito ao princípio da legalidade. Conclui-se que a liberdade do cidadão só é passível de limitação quando decorrente de previsão legal emanada por autoridade legítima, dentro dos limites estabelecidos pela Constituição Federal.

Ao vislumbrar abuso de poder, portanto, caberá ao magistrado impedir a lesão ao direito subjetivo do indivíduo, o qual possui alguns *Remédios Constitucionais* à sua disposição quando for ilegalmente tolhido em seus direitos fundamentais, tais como o *Hábeas Corpus*, o *Habeas Data*, o mandado de segurança, entre outros.

Outro princípio que deve ser protegido é o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, cabendo ao magistrado dar uma interpretação social ao conflito, no intuito de formar um círculo virtuoso em que o direito molda a sociedade e a sociedade, em consequência, exige cada vez mais uma postura garantidora dos órgãos jurisdicionais.

Foi verificado também que outra questão deve ser levada em consideração no exercício da função jurisdicional: a redução da pobreza e das desigualdades sociais. Com base no paradigma da justiça social, o julgador deve solucionar os litígios tendo como base o Princípio da Isonomia, com o objetivo de garantir a realização da igualdade material pela proteção do hipossuficiente, como nas lides relativas às relações de trabalho, de consumo, do estatuto do idoso e Do direito da criança e do adolescente.

Por sua vez, no que toca ao direito penal, observou-se que numa democracia deverão ser respeitados os princípios da presunção de inocência, do

devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, e a aplicação da lei tendo em vista o *in dubio pro réu*.

Desta feita, portanto, o Juiz de Direito num Estado democrático tem o poder/dever de atuar na defesa dos valores supremos estabelecidos na Constituição a fim de que os anseios de uma sociedade democrática sejam efetivamente alcançados.

No segundo capítulo, foi visto que o neoconstitucionalismo é uma vertente interpretativa que possui por fundamento a força normativa da Constituição. Dessa forma, como visto, a Magna Carta adquire atributos que não possuía dentro da escola positivista, passando a ser reconhecida a existência de normas de aplicação direta, imediata e vinculante, tanto na criação das leis pelo legislador ordinário quanto ao magistrado na solução da lide.

Recepcionando os dogmas do positivismo e dos constitucionalismo surgido na época das Constituições Revolucionárias, a Carta Magna ficou localizada no mais alto grau de hierarquia das leis, orientando e conduzindo a criação dos demais dispositivos normativos que constituem o ordenamento jurídico. Portanto, toda e qualquer lei ou ato que não esteja em sintonia com os ditames constitucionais será considerada antijurídica e deverá ser extirpada do arcabouço jurídico estatal.

Foi assim que, neste contexto, manteve-se o controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais. No Brasil, o sistema de controle de constitucionalidade é misto, ou seja, existe um órgão central que atua de forma concentrada (STF) na declaração de inconstitucionalidade, bem como é permitido aos Juízes singulares declarar a inconstitucionalidade de uma norma de maneira incidental.

O neoconstitucionalismo consagrou, ainda, a interpretação histórico-evolutiva da Constituição. Isso ocorre porque o texto constitucional possui certas expressões como “boa-fé”, “função social”, “bons costumes”, que são conceitos abstratos, ou seja, são valores cujo significado vai se modificando com o tempo, de modo que é necessária sua eterna readequação com a realidade sociocultural do momento em que a lei irá ser aplicada.

Vale ressaltar que, apesar do reconhecimento da interpretação evolutiva, a decisão baseada na Constituição não pode ser fruto da criatividade do intérprete, mas sim extraída verdadeiramente dos dispositivos constitucionais. Entretanto, fica claro que na escola neoconstitucionalista a aplicador das normas jurídicas deverá sempre estar atento aos anseios e valores da sociedade para conseguir exercer seu ofício de maneira adequada.

Para tal, essa corrente hermenêutica admite a existência de outras fontes do direito além da fonte primária (lei). A interpretação evolutiva e o reconhecimento da existência de lacunas na lei, possibilita ao juiz a utilização de novas ferramentas como a *analogia*, *jurisprudência* e *equidade* na busca do objetivo de resolução do litígio da forma mais justa possível.

Na sequência, estudou-se a postura do magistrado filiado a essa corrente hermenêutica. O Juiz neoconstitucionalista, como observado, não irá aplicar a lei antes sem fazer uma minuciosa análise do texto constitucional para averiguar se aqueles dispositivos jurídicos esta conforme a Constituição.

Se uma lei ofender a Constituição, o Estado-Juiz tem a obrigação de desaplicá-la. Além disso, na resolução dos conflitos, o magistrado sempre buscará proferir uma sentença que haja como instrumento da efetivação dos preceitos constitucionais.

Por conseguinte, este magistrado sempre terá dever ter em vista que o Direito está intimamente ligado ao conceito de justiça. Fica reconhecido, portanto, que há situações em que o magistrado irá recorrer à questões morais, diferentemente do positivismo, o qual considerava apenas o direito positivo como objeto da ciência jurídica, sem admitir-se qualquer influência da moral ou da política. Tal justificação, contudo, não deve ser considerada regra, mas sim exceção (porém plenamente legítima), restringindo-a aos casos de difícil solução.

Como visto, o magistrado irá exercer a função de filtro para extrair daquele momento histórico a interpretação do ordenamento jurídico mais aproximada do ideal de justiça, para permitir que o Direito consiga atingir seu objetivo primordial – a garantia e manutenção da paz social.

Concluiu-se, portanto, que dentro do neoconstitucionalismo o magistrado irá ponderar acerca dos Princípios Constitucionais ao aplicar a lei infraconstitucional, os quais possuem a essência do ordenamento jurídico, norteados as decisões do aplicador do direito numa perspectiva socialmente engajada.

No capítulo derradeiro, foi realizado um apanhado geral do estudado nos primeiros capítulos, concluindo-se que um dos grandes trunfos do neoconstitucionalismo é o controle de constitucionalidade, pois por meio dele conseguirá impedir que as leis infraconstitucionais ou até mesmo Emendas Constitucionais sejam utilizadas contra o povo.

Uma vez que valores democráticos supremos foram positivados originalmente pela Constituição, o juiz neoconstitucionalista não irá admitir a remoção destes pelos representantes do Poder Público, de modo a diminuir o risco ocorrer o rompimento da ordem democrática

Em suma, verificou-se que a recepção e ampliação do controle de constitucionalidade pelo neoconstitucionalismo é uma ferramenta à disposição do Estado-Juiz contra o abuso de poder e de legitimidade de outros poderes da nação.

Ademais, o juiz neoconstitucionalista atua no papel de mediador entre os anseios sociais sempre mutáveis e a proteção dos direitos fundamentais, a fim de propiciar a prestação a prestação jurisdicional mais adequada à ideia de justiça.

No constitucionalismo moderno, o princípio da dignidade da pessoa humana deixa de ser apenas um dispositivo programático e passa a ter aplicação direta. Apesar de não haver definição em lei do que é dignidade, o magistrado poderá buscar na Constituição os subsídios para fundamentar suas decisões, sobretudo baseado nos dispositivos que versam sobre os direitos e garantias fundamentais.

Sobre a questão da liberdade, foi visto que juiz neoconstitucionalista poderá sustentar suas decisões diretamente no princípio da legalidade. Por sua vez, no tocante à redução da pobreza e das desigualdades sociais, observou que o neoconstitucionalismo possibilitou o reconhecimento da validade jurídica das ações afirmativas como instrumento de efetivação da democracia, sendo estas consideradas como meio de aplicação direta do princípio da isonomia

No mesmo sentido, porém no que tange à aplicação do direito penal, ao atuar sob a égide dos ditames constitucionais, o magistrado irá fazer o uso adequado dos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da insignificância, protegendo o cidadão hipossuficiente contra os abusos do Estado.

Portanto, ao final, foi observado que a utilização do neoconstitucionalismo jurídico num contexto democrático é de grande importância na busca de atingir o objetivo fundamental do Estado Democrático Constitucional de Direito, isto é, a garantia da realização dos valores trazidos pela carta constitucional e, assim, a efetivação de uma democracia plena.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria da Constituição**. São Paulo: Editora Resenha Universitária, 1979.

\_\_\_\_\_. **Direito processual constitucional**. Aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 15 mar. 2013.

\_\_\_\_\_. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARZOTTO, Luis Fernando. **A Democracia na Constituição**. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

\_\_\_\_\_. Justiça Social - Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. **Revista Jurídica Virtual**, v. 5, n. 48, mai. 2003. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_48/Artigos/ART\\_LUIS.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/Artigos/ART_LUIS.htm)>. Acesso em 23 abr. 2013.

BENDA, Julien. **A Democracia e os Princípios Democráticos**. Salvador: Progresso, 1941.

BISSOLI FILHO, Francisco. Punição e divisão social: o mito da igualdade à realidade do apartheid social. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (coord.). **Verso e Reverso do Controle Penal**: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 18 abr 2013-A

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186-2**. Decisão que negou liminar em Arguição de Descumprimento Fundamental impetrada pelo partido DEM contra os atos administrativos da Universidade de Brasília que instituíram o programa de cotas raciais para ingresso naquela universidade. Requerente: Democratas – DEM. Requeridos: Reitor da Universidade de Brasília e outros. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. DJ, 06 ago. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691269>> Acesso em: 24 abr. 2013-B.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. **Doxa**, 21, nº 1, p. 209-220, 1998. Disponível em: <[http://213.0.4.19/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/voll/Doxa21\\_12.pdf](http://213.0.4.19/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/voll/Doxa21_12.pdf)>. Acesso em: 21 jan. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais**. A busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FARIA, José Eduardo (org). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FEIJÓ, Martin Cezar. **A Democracia Grega**. 4ª ed. São Paulo: Ática, 1991.

GERAIGE NETO, Zaiden. **O Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Isonomia entre os sexos no sistema jurídico nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Ótica Constitucional: a igualdade e as ações afirmativas. In: **Revista da Academia Paulista de Magistrados**, São Paulo, Ano 1, n. 1, dez 2001. p. 1-10. Disponível em: <  
[http://www.apmbr.com.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=64:optica&catid=51:publicacoes](http://www.apmbr.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=64:optica&catid=51:publicacoes) >. Acesso em: 24 abr. 2013.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas sob a perspectiva dos Direitos Humanos. In: PIZA, Evandro C.; BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima; SILVA, Paulo Vinícius Baptista da (coords.). **Cotas raciais no ensino superior**. Entre o Jurídico e o político. Curitiba: Juruá, 2008.

PREDEBON, Eduardo A. et al. Estratégia, solidariedade e harmonização para uma nova dinâmica do desenvolvimento sustentável brasileiro. **Revista de Educação do IDEAU**, Getúlio Vargas, v. 2, n. 3, p. 59-75, jan-abr 2007.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: Unisinos, 1998.

ROCHA, Sonia. **Pobreza no Brasil**. Afinal, do que se trata? 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros: 2008.

TAVARES, André Ramos (coord.). **Justiça Constitucional**: Pressupostos teóricos e análises concretas. Belo Horizonte: Fórum, 2007.



TAVARES, Renata Colares. **A Valorização do Princípio da Fraternidade no Direito Constitucional**. Macapá: Ceap, 2008. Disponível em: <  
<http://www.ceap.br/tcc/TCC12122008100510.pdf> > Acesso em: 24 abr. 2013.